LA RESPONSABILITE SOCIALE DES ENTREPRISES : A MI-CHEMIN ENTRE LA SOFT LAW ET LE *JUS COGENS* : LA QUESTION DE L'EFFECTIVITE DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LES ENTREPRISES MULTINATIONALES[1]

CLAIRE MARZO[2]

C'est un lieu commun que de dire que les droits fondamentaux et en particulier les droits sociaux, sont des droits opposables aux personnes publiques[3]. Il est, par contre, beaucoup moins admis que des acteurs non étatiques puissent se voir chargés de la mise en œuvre de droits sociaux. Les débiteurs des droits sociaux sont le plus souvent des Etats, mais on trouve encore des personnes privées : des personnes physiques, par exemple dans le cadre du droit de la famille français[4], ou des personnes morales comme les entreprises par le biais de la responsabilité sociale des entreprises (RSE)[5].

Les prémices de cette affirmation reposent sur la théorie de la citoyenneté sociale au sens des lois Auroux sur la démocratie industrielle[6]. L'idée était que les droits sociaux devaient transpercer l'unité juridique de l'entreprise pour s'appliquer aussi aux travailleurs. Alors qu'auparavant seule l'entreprise se voyait accorder des droits et devoirs, il fallait décomposer plus avant cette entité afin de protéger les salariés face aux employeurs. Cela s'est traduit par la reconnaissance de droits procéduraux et matériels aux salariés. Lors d'un passage au niveau international, principalement lié à la mondialisation[7], l'idée d'une protection des travailleurs n'a

---

[1] Cette étude est la version complète de l'étude parue dans le rapport de recherches « Droits des pauvres, pauvres droits. Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux ».

[2] British Academy Post-doctoral Fellow, European Institute, London School of Economics and Political Science, Royaume-Uni.

[3] Avec les controverses qu'on lui connaît… VOIR ANDRIANTSIMBAZOVINA , J., GAUDIN , H., MARGUENAUD , J.-P., RIALS , S., SUDRE, F., *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, Dunod, PUF, 2008. Par exemple, voir TAHRI, C., « L'opposabilité du droit au logement : mythe ou réalité ? », Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale anciennement Lexbase Hebdo - Edition Affaires 01/10/2009, n° 365.

[4] Voir la contribution de Monsieur le Professeur Marc Pichard.

[5] On aurait pu centrer l'analyse sur la responsabilité d'autres organes tels que les organisations non gouvernementales (ONG) (voir en ce sens SCHERMERS, H. G., BLOKKER, N. M., *International Institutional Law: Unity within Diversity*, 2003, p. 992 et KLABBERS, J., *An Introduction to International Institutional Law*, 2003, p. 43), les communautés religieuses ou encore les organisations criminelles (voir sur ce point « Human Trafficking, Smuggling of Migrants, Corruption, Drug-Related Violence Highlighted as Debate Begins on Crime Prevention, International Drug Control », from the UN Office on Drugs and Crime to the UN General Assembly's Third Committee, UN Doc. GA/SHC/3848 (2006) et et ALSTON, Ph., *Non-state actors and human rights,* Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 3. Plus généralement, voir CLAPHAM, A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press,1993.

[6] *Loi 82-957 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail du 15 novembre 1982*, J.O. (français) 14 novembre 1982, p. 3414 ; *Loi 82-689 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise du 23 juillet 1982*, J.O. (français) du 6 août 1982, p. 2518 ; *Loi 82-915 relative au développement des institutions représentatives du personnel du 5 octobre 1982*, J.O. (français) du 29 octobre 1982, p. 3255 ; *Loi 82-1097 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail du 16 décembre 1982*, J.O. (français) du 26 décembre 1982, p. 3858 ; voir aussi COUTURIER, G., *Droit du Travail I, les relations individuelles de travail,* Paris, 1990, p. 150 ; LE FRIANT, M., « La démocratie sociale, entre formule et concept », *Regards*, 2001, vol. 19, pp. 47-53, p. 6.

[7] Définie comme l'« intensification des relations à travers le monde qui relient des localités distantes d'une telle manière que des évènements locaux sont engendrés par des causes géographiquement lointaines et vice versa », voir HABERMAS, J., « The European nation state: Its achievements and its limitations, on the past and future of sovereignty and citizenship », *Ratio Juris*, 1996, 9(2), pp. 125-137.

pas décrue[8]. Mais, elle s'est trouvée lésée face à une augmentation des pouvoirs de déplacement géographique de l'entreprise et à l'affaiblissement controversé de l'Etat face à ces mouvements.

Deux phénomènes ont donc conduit à la RSE : l'intégration des droits sociaux au sein de l'entreprise et le retrait progressif de la mainmise de l'Etat sur la question de la protection des droits sociaux. Ces deux phénomènes se sont croisés pour conduire à une protection bigarrée et parfois limitée des droits sociaux.

Voir tableau 1

La RSE a vu le jour dans les cas de protection des droits sociaux par l'entreprise en dehors du cadre étatique (case 3), mais elle est en réalité plus large dans la mesure où elle trouve à s'appliquer en parallèle au droit social des Etats (case 1). Elle ne peut être comprise sans son contexte juridique de droits nationaux et de droit international. L'entreprise doit encore prendre en compte les droits sociaux tels qu'ils sont appliqués en dehors de l'entreprise par les Etats et par le droit international (cases 2 et 4). En effet, d'un point de vue juridique, seule une procédure de contrôle par le juge (enforceability) peut rendre certaine la mise en œuvre des droits sociaux.

Pourtant, la principale spécificité de la RSE est son caractère volontaire ou non obligatoire, son habit de droit mou (soft law). L'entreprise s'engage seule et sans contrepartie envers ses travailleurs, mais ne se contraint pas. Définie par la Commission européenne comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »[9], elle trouve parfois des définitions plus étroites ou plus larges. Par exemple, selon Milton Friedman, elle « se limite à la création de profits et d'emplois, au paiement des impôts et au respect des règles du jeu définies par les pouvoirs publics »[10]. D'autres proposent encore une définition hiérarchisée insinuant que « les pratiques de RSE s'ajoutent à celles qui visent à créer des profits, ce qui conduit à une hiérarchisation entre la responsabilité économique et sociale des entreprises, cette dernière constituant un luxe que l'on pourrait s'offrir dans les périodes de croissance économique »[11]. Quelle que soit la définition choisie, le degré important de choix de l'entreprise de s'engager volontairement pour la protection des droits sociaux de leurs travailleurs et d'autres parties prenantes apparaît clairement. « Cette approche ouvre les perspectives les plus intéressantes pour l'entreprise et la société et semble pouvoir convaincre les dirigeants de s'engager durablement dans des démarches de RSE ambitieuses »[12].

---

8 COCHOY, F., « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Droit et Société*, 01/01/2007, n° 65 , pp. 91 -101.

9 Communication de la Commission du 2 juillet 2002 concernant la responsabilité sociale des entreprises: une contribution des entreprises au développement durable, COM(2002) 347 final et Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen du 22 mars 2006 sur la mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi: faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises, COM(2006) 136 final. Et voir aussi la synthèse de DOURCIN, M., Ambassadeur chargé de la bioéthique et de la responsabilité sociale des entreprises, http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/article_imprim.php3?id_article=17059.

10 SOBCZAK, A., « Pour une définition de la RSE à la hauteur des enjeux ! », *Metis*, 16 Avril 2010, http://www.metiseurope.eu/pour-une-definition-de-la-rse-a-la-hauteur-des-enjeux_fr_70_art_28765.html.

11 A. Sobczak propose d'intégrer les comportements obligatoires, voir aussi SOBCZAK, A., "Legal dimensions of International framework agreements in the field of corporate social responsibility", *Relations Industrielles/Industrial Relations*, 2007, 62(3), 466-491, p. 477.

12 SOBCZAK, A., « Pour une définition de la RSE à la hauteur des enjeux ! », *Metis*, 16 Avril 2010, http://www.metiseurope.eu/pour-une-definition-de-la-rse-a-la-hauteur-des-enjeux_fr_70_art_28765.html.

Cette notion, très décriée à ses débuts, a connu depuis un certain essor dans le monde[13]. Elle se traduit concrètement par de nombreux types de textes[14], les plus renommés étant les codes de conduite[15]. Elle conduit à la protection de droits sociaux variés[16]. Elle soulève un grand nombre de questions : quelle mise en œuvre des droits sociaux ? par qui ? quels contrôles ? par quels mécanismes[17] ? De façon plus normative, quelles évolutions peut-on en attendre ? Faut-il contraindre les entreprises ? Et le peut-on ? Quel est le rôle des organisations internationales ? L'Europe connaît-elle des particularités ? La décentralisation de la protection des droits est-elle une bonne chose[18] ? De nombreux auteurs ont tenté de répondre à certaines de ces questions[19]. L'objectif de cette étude se limite à l'une d'entre elles : celle de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales.

L'intérêt de cette question réside dans un paradoxe qui réside dans la définition même de la RSE. Elle a pour objectif la contrainte de l'entreprise au respect de règles de droit social. Pourtant, son caractère volontaire rend l'idée d'une contrainte (étatique ou non) impossible. En dehors de l'Etat, le socle étatique ou international de valeurs communes risque de ne plus être respecté et le travailleur peut se trouver dans un état de quasi-incapacité à se défendre. L'entreprise se retrouve toute puissante. Et l'Etat inutile. La question de la contrainte de l'entreprise toute puissante est posée. Ce paradoxe empêche d'identifier une solution claire. On se tourne plutôt vers plusieurs stratégies de détournement des normes existantes. L'objectif est de contraindre une entreprise à respecter les engagements qu'elle a seule décidé de prendre.

L'approche choisie ici propose non plus de distinguer entre droit mou et droit dur, mais d'identifier une échelle des pratiques allant de la contrainte légale à l'invitation. Certains ont pu parler de droit matriciel[20]. Ainsi, à la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales, la réponse doit être double en ce qu'on trouve une protection directe et une protection indirecte.

---

[13] Par exemple, tout récemment, la federation internationale des droits de l'homme a publié à la fin 2010 un guide pour les victims et ONG sur les mécanismes de recours en cas de violations des droits de l'homme par les entreprises, voir http://www.fidh.org/Entreprises-et-Droits-de-l-Homme-Un-guide-sur-les. TRIOMPHE, J.-C., « Vices et vertus d'une entreprisation du monde -Claude-Emmanuel Triomphe - Importée des Amériques à la fin des années », *Métis*, 16 Avril 2010, http://www.metiseurope.eu/responsabilite-sociale-vices-et-vertus-d-rsquoune-entreprisation-du-monde_fr_70_art_28773.html.

[14] On trouve en particulier quatre types de textes : des lignes directrices ou codes de conduite, des principes directeurs pour les systèmes de management et des schémas de certification, des indices de notation utilisés principalement par des agences d'investissement socialement responsables et des systèmes de rapports et de responsabilité.

[15] Voir McLEAY, F., "Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations: A Small Piece of a Larger Puzzle", in DE SCHUTTER, O.,*Transnational corporations and human rights*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2006, pp. 219-240.

[16] Voir infra, partie I.

[17] Voir MARZO, C., « Les risques juridiques créés par les accords-cadres internationaux (opportunités/dangers/ stratégies », in Moreau, M.-A., *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010. Les différents outils sont analysés par DE SCHUTTER O., « Les affaires *Total* et *Unocal*, Complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *Annuaire français de droit international LII*, Paris, CNRS Éditions, 2006, p. 22.

[18] On pensera à la théorie de la relativité des droits de l'homme proposée par le Professeur Supiot in SUPIOT, A., *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2007.

[19] On trouve bibliographie fournie sur ce sujet, voir, en particulier, HOPT, K.J., TEUBNER, G., *Corporate governance and directors' liabilities : legal, economic, and sociological analyses on corporate social responsibility*, Berlin, New York, W. de Gruyter, 1985 ; UTTING, P., CARLOS MARQUES, J., *Corporate social responsibility and regulatory governance : towards inclusive development?*, Basingstoke, New York, Palgrave Macmillan, 2010.

[20] Le droit à un travail décent permet de donner de la force à des plus petits droits et en tout cas à des programmes. Voir *infra*.

Voir tableau 2

Plus précisément, les droits sociaux peuvent être protégés par des organisations internationales, des Etats, et maintenant des entreprises -on parle d'opposabilité directe. Les organisations internationales et les Etats peuvent à leur tour chercher à s'assurer de la protection des droits sociaux au sein des entreprises -on trouve alors une protection et une opposabilité indirecte. Parce que la RSE est à mi-chemin entre la soft law et le *jus cogens ,* nous traiterons de son opposabilité directe de droit mou (I), puis de son opposabilité indirecte de droit plus ou moins dur (II).

I. UNE OPPOSABILITE DIRECTE DE DROIT MOU

La RSE consiste précisément en la possibilité pour les entreprises de prendre des engagements volontaires (A) et de les mettre en œuvre (B).

A. Des engagements volontaires

Les engagements volontaires des entreprises en matière de RSE sont de natures variées et comprennent une large gamme de droits sociaux. Il faut distinguer entre deux comportements distincts : le modèle anglo-saxon de responsabilité sociétale et le modèle continental. Ces conceptions diffèrent quant à la nature et au contenu des droits protégés[21].

1. Des instruments variés : Des codes de conduite aux accords cadres internationaux

L'intérêt de la RSE pour les entreprises tient principalement à son caractère volontaire. Elles ont la possibilité, si elles le souhaitent, de s'engager à respecter des droits sociaux et environnementaux. On comprendrait tout à fait que cette tendance ne trouve pas d'écho et soit peu développée puisqu'elle ne repose sur aucune obligation et qu'elle pourrait conduire à des frais rendant l'objectif de performance de l'entreprise difficile à atteindre.

Pourtant, ce phénomène auparavant ponctuel et limité à certaines grandes entreprises a trouvé à se répandre conduisant à une extension de son champ d'application. Il trouve aujourd'hui à se développer par trois biais : Le premier consiste en la reproduction volontaire par de plus petites entreprises, parfois nationales : on assiste à la reproduction de modèles donnés par les plus grandes entreprises par des plus petites[22].

Le second passe par la standardisation[23]. Par exemple, selon son dernier communiqué de presse, « L'ISO 26 000 encouragera l'application, dans le monde entier, des meilleures pratiques en matière de responsabilité sociétale. Les recommandations qui figurent dans cette norme s'appuient sur les meilleures pratiques dégagées dans ce domaine par le secteur public et le secteur privé. Elles devraient être utiles aux organisations, grandes et petites, dans ces deux secteurs »[24]. On trouve encore des principes directeurs pour les systèmes de management et des schémas de certification, des indices de notation utilisés principalement par des agences d'investissement

---

21 HABISCH, A., JONKER, J., WEGNER, M*., Corporate social responsibility across Europe,* Berlin, Springer, 2005, p. 10.

22 Voir VOICULESCU, A., « Human Rights under the Corporate 'Sphere of Influence: Socialising Economic Relationships through Corporate Social Responsibility Processes », in LANGE, B., *Socializing Economic Relationships: New Perspectives and Methods for Analysing Transnational Risk Regulation*, workshop, Oxford may 2010.

23 Ce phénomène est encore analysé par AHRNE, G., BRUNSSON, N., « L'organisation en dehors des organisations, ou l'organisation incomplète », *AEGIS le Libellio*, pp. 1-20, p. 4-5.

24 DE GASTINES, C., « ISO 26 000 : quand la RSE se veut norme », *Métis*, *3 Mai 2010,* http://metiseurope.eu/iso-26-000-quand-la-rse-se-veut-norme_fr_70_art_28780.html.

socialement responsables et des systèmes de rapports et de responsabilité[25]. Ces différentes techniques conduisent les différents acteurs d'un secteur à se plier aux normes en usage afin de faciliter les échanges. C'est un objectif pragmatique de simplification qui conduit à l'extension des pratiques.

Enfin, le troisième mouvement tient à une ouverture de ces pratiques à des acteurs plus diversifiés. Au départ était limitées aux entreprises, la RSE s'adresse maintenant aussi aux organisations non gouvernementales qui semblent prêtes à s'impliquer davantage dans la coopération avec les Etats et les entreprises [26].

Le nombre et la diversité des textes augmentent en conséquence : Il y a quelques années, les codes de conduite consistuaient la majeure partie des textes de RSE. Aujourd'hui, on trouve non seulement des simples déclarations d'intentions, mais aussi des instruments de standardisation ou même des accords négociés. Par exemple, les accords cadres internationaux qui constituent une nouvelle catégorie sont définis comme un accord entre une entreprise multinationale et une fédération syndicale internationale et qui a pour objet les activités internationales de cette entreprise[27]. Plusieurs classifications ont été proposées[28]. On peut, par exemple, distinguer entre des codes internes[29] et des codes externes créés soit dans des instances multinationales (Nations Unies, Organisation internationale du travail), soit par un gouvernement ou une organisation non gouvernementale[30]. Le niveau de complexification augmente, mais les objectifs de ces codes sont souvent les mêmes : ils cherchent à assurer une certaine protection des droits sociaux.

2. La protection des droits sociaux

Les droits protégés sont généralement des droits sociaux. Ils sont pourtant de différents ordres. On trouve aussi bien des droits procéduraux de citoyenneté industrielle au sens de Marshall tels que le droit de s'organiser au sein de l'entreprise pour protéger ses droits sociaux, le dialogue social en Europe, la négociation collective dans chaque Etat, le dialogue avec les fédérations internationales de représentation des travailleurs dans quelques cas de droit

---

[25] Comité économique et social européen**,** Instruments de mesure et d'information sur la responsabilité sociale des entreprises dans une économie globalisée, Avis adopté le 8 juin 2005 par le Comité économique et social européen, JOUE numéro C 286, 17 novembre 2005*,* voir *JCP S (édition sociale) anciennement revue Travail et protection sociale*, 06/12/2005, n° 24, pp. 3-5.

[26] DE GASTINES, C., « ISO 26 000 : quand la RSE se veut norme », *Métis*, *3 Mai 2010,* http://metiseurope.eu/iso-26-000-quand-la-rse-se-veut-norme_fr_70_art_28780.html ; DE GASTINES, C., « ONG : nouveaux acteurs de la RSE », *Metis,* 3 Mai 2010, http://www.metiseurope.eu/les-ong-nouveaux-acteurs-de-la-rse_fr_70_art_28775.html et DE GASTINES, C., « RSE ou crime économique : Sherpa veille », *Metis,* 3 Mai 2010, http://metiseurope.eu/rse-ou-crime-economique-sherpa-veille_fr_70_art_28781.html.

[27] "An agreement negotiated between a multinational company and a global union federation concerning the international activities of that company"; voir Global Union Federations framework agreements with multinational enterprises, International Confederation of Free Trade Unions (ICFTU). Voir http://www.icftu.org/displaydocument.asp?Index=991216332&Language=EN (consulté le 12 novembre 2009), et DROUIN, R.-C., *International framework agreements: a study in transnational framework agreements: a study in transnational labour regulation*, thèse, Montréal, p. 1.

[28] Comité économique et social européen**,** Instruments de mesure et d'information sur la responsabilité sociale des entreprises dans une économie globalisée, Avis adopté le 8 juin 2005 par le Comité économique et social européen, JOUE numéro C 286, 17 novembre 2005*,* voir *JCP S (édition sociale) anciennement revue Travail et protection sociale*, 06/12/2005, n° 24, pp. 3-5.

[29] Par exemple le code de General Electric dans les années 80 suivie ou celui de Levi-Strauss en 1991 créé sous la pression publique.

[30] Voir McLEAY, F., "Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations: A Small Piece of a Larger Puzzle", in DE SCHUTTER, O., *Transnational corporations and human rights*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2006, pp. 219-240 et TEYSSIE, B., « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Droit Social*, 1er novembre 2005, n° 11, pp. 982 -990.

international ; que des droits matériels comme la reconnaissance des droits sociaux, le droit à la sécurité sociale, le droit au welfare, le droit au logement, à la santé ou à la sécurité[31].

De nombreux codes de conduites et accords font référence aux normes de l'Organisation internationale du travail (OIT), [32] parfois à sa déclaration de 1998 et à ses quatre droits fondamentaux –la prohibition du travail forcé, du travail des enfants, de la discrimination et la reconnaissance de la liberté d'association[33]. P. Wilke s'est livré à un recensement des droits sociaux fondamentaux dans les accords pour arriver à la conclusion que le droit de ne pas être discriminé se retrouve dans 90% des accords. La liberté d'association apparaît dans 95% d'entre eux, l'interdiction du travail des enfants dans 90% et l'interdiction du travail forcé dans 90%[34].

D'autres droits se retrouvent aussi : de nombreux textes ont un objectif organisationnel. Ainsi, ils s'attachent prioritairement à imposer ou interdire des comportements aux salariés. Les domaines abordés sont fort différents. Les clauses concernent le respect par les collaborateurs des lois et règlements (boycott, concurrence, etc.), les conflits d'intérêts, les délits d'initié et la détention d'informations privilégiées, la transparence et l'exactitude des données transmises par le collaborateur, la protection des informations et de la propriété intellectuelle, l'utilisation des actifs de l'entreprise, les liens de dépendance avec les fournisseurs / clients, notamment les règles concernant l'offre ou l'acceptation de cadeaux, les invitations, la corruption, notamment les relations avec la sphère politique au regard du financement des partis et la sphère publique, en particulier les relations spécifiques avec les administrations[35].

Ces droits mettent directement en œuvre les droits sociaux fondamentaux identifiés au niveau international. L'entreprise met en œuvre les droits fondamentaux bien qu'elle ne soit pas liée par les textes internationaux. Cette protection concurrente de celle de l'Etat a pu amener à se poser la question de l'éventuelle déconstruction du droit social. En d'autres termes, le recours à des droits fondamentaux peu protégés et non mis en œuvre juridiquement pourrait conduire à écarter le droit du travail des Etats, dit droit dur, dans lesquels l'entreprise est installée et desquels elle risquerait de partir. Mais, cette question revient à celle de l'impact du droit dur sur le droit mou ou en d'autres termes, à celle de l'effectivité du droit mou. C'est justement ce qui est remarquable : la RSE connaît une mise en œuvre relativement efficace.

B. Une mise en œuvre de droit mou relativement efficace

Le fait que les entreprises pratiquant une politique de RSE cherchent à éviter au maximum les tribunaux ne les empêchent de prévoir à la fois des mécanismes de mise en œuvre des codes et de règlements des différends en cas de litige.

---

31 Rapport à la Commission européenne, *La responsabilité sociale des entreprises et la sécurité et la santé au travail*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006.

32 OCDE, voir http://www.oecd.org/document/12/0,3343,en_2649_34135_35532108_1_1_1_1,00.html (consulté le 26 novembre 2009).

33 WILKE, P. SCHÜTZE, K., *Background Paper on International Framework Agreements for a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level,* Hamburg, 2 juin 2008, p. 8. Sur un nombre de 59 accords-cadres internationaux, une référence aux textes de l'OIT se retrouve dans 73% des cas. Une référence aux conventions de l'OIT se retrouve dans 58% des cas. Une référence à la Déclaration des Nations unies apparaît dans 27% des cas. Une mention de Global compact se trouve dans 24% des cas et les principes de l'OCDE apparaissent dans 19% des cas.

34 WILKE, P. SCHÜTZE, K., *Background Paper on International Framework Agreements for a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level,* Hamburg, 2 juin 2008, p. 7.

35 ANTONMATTEI, P.-H., VIVIEN, Ph., *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives ?* Rapport au gouvernement, Collection Des rapports officiels, janvier 2007, la documentation française.

1. Des procédures de mise en œuvre

Plusieurs codes de conduite instaurent une mise en œuvre des dispositions protégées[36]. Par exemple, certains codes prévoient une procédure de monitoring : la mise en œuvre ne se limite pas à l'affichage de panneaux sur les lieux de travail, mais donne un rôle avéré aux syndicats nationaux et locaux. On assiste à un processus de dissémination des règles par le biais des partenaires sociaux. Ils prennent un rendez-vous annuel afin de s'assurer de la bonne mise en œuvre de l'accord. Une logique procédurale fondée sur des modes de représentation dans des comités paritaires locaux relève de cette méthode[37]. Les dispositions peuvent être très précises et très innovantes.

Il est alors intéressant de se pencher sur l'articulation entre les dispositions du code et le droit des Etats dans lesquels l'accord trouve à s'appliquer. Le plus souvent, une mise en œuvre ne sera pas nécessaire parce que le code sera valide du fait de l'engagement unilatéral de l'employeur. Parfois, au contraire, il donne lieu à des obligations contractuelles[38]. Enfin, il peut arriver que les comités paritaires se voient confier la charge de la corrélation.

Cependant, parce que le pouvoir de contrôle des comités n'est pas certain, l'accord risque d'être privé de toute réalité. Afin d'éviter cette inefficacité, il doit être directement applicable dans le pays ou transposé par les syndicats du pays[39]. Ensuite, une procédure doit permettre de s'assurer de sa mise en œuvre. Plusieurs techniques, plus ou moins précises, ont vu le jour :

L'accord peut premièrement contenir des dispositions vagues en matière de procédure. Se pose alors la question de savoir s'il aura un effet obligatoire ou volontaire. Par exemple, l'accord de Rhodia et la Charte sociale de Suez ne contiennent aucune disposition concernant les procédures de mise en œuvre. Il peut ensuite être prévu que le management local sera seul en charge de la mise en œuvre[40]. La mise en œuvre peut, en troisième lieu, être conjointe, alors entre les mains du management local et des représentants des salariés sans qu'aucune autre précision ne soit donnée[41]. D'autres accords sont encore mis en œuvre par le biais d'une négociation collective[42]. Enfin, de nombreux accords précisent qu'ils doivent être mis en œuvre dans les différentes branches de l'entreprise[43]. Selon Renée-Claude Drouin, une autre classification partage les différents mécanismes entre procédures de mise en œuvre inspirées de techniques managériales, mécanismes paritaires de suivi et procédures de plainte en cas de violation des engagements de l'entreprise. Toujours est-il qu'il en ressort une impression de décentralisation de la décision. Celle-ci est à double tranchant : elle permet une plus grande adaptation de l'accord à la situation locale, mais cette flexibilité peut aussi être son point faible. C'est donc une image

---

36 RENUCCI, J.-F., « Dialogue social et négociation collective à l'échelle communautaire. Constat : " les temps européens " ne sont pas " les temps des entreprises " », *Droit social*, 01/01/2008, n° 1 , pp. 52 -56.

37Exemple de Arcelor, accord santé, MOREAU, Marie-Ange, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor Mittal », *Droit social*, 2009, n°1, pp. 93-102.

38 Voir notamment Ch. NEAU-LEDUC, « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? », *Droit social*, no 11, 2006, p. 952-958 ; B. TEYSSIÉ, « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Droit social*, no 11, 2005,
p. 982.

39 C'est le cas de l'accord de Total Platform de 2004. Voir SCHMIDT, M., *Restructuring and anticipation dimension of existing transnational agreements, Analysis and overview table*, rapport pour la Commission européenne, Mai 2008.

40 Par exemple, les accords Arcelor, EADS 2005, Generali.

41 Par exemple, l'accord Renault.

42 Par exemple, les accords PSA et EDF.

43 Par exemple, les accords Generali, Suez 1998, Danone 1992 et Lukoil.

nuancée qui ressort de ce panorama. La mise en œuvre des obligations procédurales reste très variable[44].

2. Des mécanismes de règlement des différends

Les systèmes de règlement des différends présentent aussi un intérêt considérable : ils permettent d'éviter le juge extérieur tout en tentant de trouver une solution au litige et en alertant la hiérarchie de l'entreprise d'un non-respect.

Bien que plusieurs codes n'en contiennent pas, il semble que la tendance soit aujourd'hui à une multiplication de ce genre de clauses. De plus en plus, les codes contiennent des techniques de médiation, de résolution du litige qui sont des techniques non judiciaires. Il est intéressant de remarquer que le juge est totalement absent de ce catalogue.

Une voie plus novatrice et directement rattachée aux accords-cadres internationaux tient à l'internalisation des conflits. L'organisation du règlement des conflits en interne peut être plus ou moins construite. Elle est parfois utilisée dans les entreprises n'ayant leur activité que sur un territoire, en particulier en Grande-Bretagne[45], mais elle présente un intérêt particulier dans les situations transnationales. Ont été recensées à ce jour cinq hypothèses d'internalisation des conflits par les entreprises multinationales. Elles ont vocation à prévenir un procès par le règlement d'un différend au sein de l'entreprise. La procédure instituée peut avoir plusieurs volets. Elle consiste, dans tout les cas, au minimum, en l'octroi d'un droit reconnu à tout salarié d'informer l'entreprise de tout comportement violant l'accord[46]. Lors de l'identification d'un litige, celui-ci sera pris en charge par des membres désignés au sein de l'entreprise. Les représentants du comité d'entreprise européen signataire peuvent être chargés, en collaboration avec le management de régler les plaintes[47]. Il peut encore s'agir d'un comité global ou « joint global committee ». Cette hypothèse est généralement préférée lorsque des syndicats internationaux ou des fédérations européennes sont signataires. Elles sont alors chargées du règlement des différends en collaboration avec le management[48]. Un troisième volet procédural consiste en la mise en place d'un panel d'experts indépendants. Ces organismes *ad hoc* regroupent généralement, encore une fois, les syndicats et le management[49]. Il peut aussi être fait appel à des organisations non gouvernementales. On assiste alors au passage d'un dialogue social bilatéral à un dialogue civil trilatéral ou trialogue[50]. Enfin, la dernière solution tient à l'établissement d'un comité paritaire. On pourrait imaginer dans le meilleur des cas une participation d'une organisation internationale. Par exemple, l'Organisation internationale du travail pourrait nommer un responsable chargé de trancher les conflits. Sa dimension institutionnelle lui donnerait une véritable légitimité. Cette dernière hypothèse n'a cependant jamais vu le jour. Dans tous les cas, l'intérêt de ces procédures relève d'une implication directe des partenaires sociaux. Elle permet

---

[44] PRICE, L.R., "International Framework Agreements: A Collaborative Paradigm for Labor Relations", in DE SCHUTTER, O.,*Transnational corporations and human rights*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2006, pp. 241-260.

[45] Voir un exemple en droit britannique, DEAKIN, S., "The role of collective agreements and social dialogue in large construction projects including Terminal 5, Heathrow airport", Industrial Law Society evening meeting, 26 November 2009, London.

[46] Par exemple, Renault.

[47] Par exemple, EADS, Generali, Suez en 2007 et Total en 2004.

[48] L'accord de Schneider Electric dispose que "the EMF and the General Management shall seek an amicable solution for these disagreements within a reasonable period of time and in a spirit of cooperation".

[49] Par exemple, Ford 2000, Danone 2001.

[50] DE JESUS BUTLER, I., "Non-governmental Organisations Participation in the EU Law-Making Process, the Example of Social Non-Governmental Organisations in the Commission, Parliament and Council", 2008, 14, *European Law Journal*, 5, p. 558 et s.

l'appropriation collective des procédures et des règles de l'accord-cadre. Le management de l'entreprise s'assure ainsi de l'évitement d'une justice nationale ou arbitrale. Dans le même temps, les plaintes des salariés sont reconnues et donnent lieu à un traitement procédural interne. Il faut néanmoins relativiser l'apport de ces mécanismes. Si la présence des syndicats est de nature à garantir une protection des travailleurs, on peut cependant craindre que ces acteurs aient un rôle moins affirmé que le management et un poids inégal. Les sorties de conflits peuvent cependant être le fruit de négociations et de compromis, négociés à un niveau plus central que le litige originel souvent local[51]. Ce déplacement géographique peut être particulièrement important lorsqu'il s'agit de garantir des droits fondamentaux. Les procédures internes ne permettent cependant pas toujours d'engager l'entreprise sur le terrain d'une entière « responsabilité sociale ». La saisine du juge entraîne nécessairement le risque d'une interprétation des termes de l'accord.

En cas d'épuisement des procédures au sein de l'entreprise, afin d'éviter encore le juge, il est souvent proposé de recourir à l'arbitrage. Au lieu des clauses attributives de juridictions, on trouve alors des clauses d'arbitrage tendant à soustraire un litige actuel (compromis) ou éventuel (clause compromissoire) aux juridictions étatiques pour les confier à un tribunal arbitral. Les parties dérogent ainsi aux règles de compétence judiciaire internationale. La clause est appréciée de façon autonome par rapport au contrat international dans lequel elle est stipulée et est valable en soi sans qu'il y ait lieu de rechercher au préalable la loi applicable[52]. La clause d'arbitrage peut aussi renvoyer à des modes de règlement para-juridictionnels[53].

Si les entreprises semblent de plus en plus résolues à s'engager sur le terrain de la RSE, il est intéressant de constater que les autorités publiques nationales et internationales les regardent d'un œil suspicieux. Parce que ces pratiques ne trouvent pas nécessairement de mises en œuvre efficaces et surtout parce qu'aucun tiers n'est chargé de s'assurer de ses bons résultats, les Etats restent méfiants. Ils cherchent à prendre part au jeu en proposant des encadrements de la RSE. Ils essaient avec difficulté d'instaurer un système d'opposabilité indirecte des droits sociaux.

II. UNE OPPOSABILITE INDIRECTE DE DROIT DUR

L'intérêt des Etats et des organisations internationales pour l'encadrement des pratiques de responsabilité sociale des entreprises a grandi à mesure que celle-ci trouvait sa place dans les entreprises elles-mêmes. La question se pose de s'assurer de l'effectivité de ces pratiques[54]. Parce que l'entreprise est juge et partie lors de litiges avec ses salariés, les acteurs nationaux et internationaux ont voulu interposer un arbitre extérieur, un tiers et poser des limites. C'est une protection indirecte qui est proposée aux salariés des entreprises multinationales, mais une protection qui devrait être plus efficace parce que de droit dur. Deux techniques se sont répandues : d'un côté, certains Etats et juges nationaux ont cherché à appliquer leur droit national existant, voire à le détourner pour prendre en compte la RSE (A). De l'autre, plusieurs organisations internationales ont cherché à établir des modèles d'encadrement de ces pratiques (B).

---

51 Voir DROUIN, R.-C., *International framework agreements: a study in transnational framework agreements: a study in transnational labour regulation*, thèse, Montréal, p. 1.

52 LOUSSOUAM, Y., BOUREL, P., DE VAREILLERS-SOMMIERES, P., *Droit international privé,* 8ème édition, Droit Privé, Précis, Dalloz, Paris, 2004, p. 611et s., p. 614.

53 Ils ne seront pas pris en compte dans cette étude : rapports, plaintes ou réclamations auprès de l'OIT, la Charte sociale du Conseil de l'Europe, voir DAUGAREILH, I ., « Les modes de règlement para juridictionnels des différends relatifs aux droits sociaux dans les organisations internationales (OIT, Conseil de l'Europe, OMC) » *in* MOREAU, M.-A., *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

54 DESBARASTS, I., « L'entreprise à l'épreuve du développement durable : complexité et ambiguïté du concept de RSE », *Revue juridique de l'environnement,* 01/01/2007, pp. 175 -190.

A. Le rôle de l'Etat: Des stratégies d'application ou de détournement des normes existantes

Si certains Etats comme la France ont créé de nouveaux instruments juridiques pour prendre en compte la RSE tels que la loi sur les nouvelles régulations[55] ou un devoir posé aux travailleurs d'alerter la hiérarchie en cas d'atteinte aux libertés publiques des salariés[56], la plupart d'entre eux ont simplement cherché à appliquer le cadre de droit dur existant. C'est ainsi le juge qui s'est vu donné un rôle de création et de renouvellement des normes afin de les appliquer à des situations auparavant inconcevables. Il intervient lorsqu'un litige est porté à son attention dans le pays d'origine de l'entreprise ou encore dans celui où elle est installée. Si le juge se reconnaît compétent, la question est alors posée de la responsabilité de l'entreprise. Elle peut être pénale, civile ou contractuelle. Si les exemples ne sont pas nombreux, ils présentent l'intérêt de montrer les différentes techniques d'appréhension par le droit dur des pratiques de droit mou.

1. Responsabilité pénale

Les affaires *Total* et *Unocal* ont eu un écho important en Belgique, en France et aux Etats Unis. En Belgique, la plainte se fonde sur la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves au droit international humanitaire telle qu'amendée par la loi du 10 février 1999. Cette loi, dite de compétence universelle, dispose que les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues « indépendamment du lieu où elles ont été commises »[57] pour poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité commis même à l'étranger. Une procédure complexe a cependant conduit au dessaisissement des juges.

En France, une plainte à été déposée le 9 octobre 2002 sur le fondement des articles 113-2 et 113-6 du code pénal. Ces articles étendent l'application de la loi pénale française aux infractions commises sur le territoire de la République », en ce y compris « dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire. L'article 113-6 dit que la loi pénale française « est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ». Elle a cependant donné lieu à une ordonnance de non-lieu prononcée le 22 juin 2006.

---

[55] Loi 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, Journal Officiel du 15 mai 2001 ; Loi numéro 2008-757 du 1 er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, Journal officiel du 2 août 2008, page 12361 ; voir TREBULLE, F. G., « Le développement de la prise en compte des préoccupations environnementales sociales et de gouvernance », *Droit des sociétés*, 01/01/2009, n° 1 , pp. 7 -11. Ou encore Décret numéro 2008-1344 du 17 décembre 2008, décret relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation, Journal Officiel numéro 0295 du 19 décembre 2008, page 19456 ; Circulaire DGT 2008/22 du 19 novembre 2008, relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur ; voir BLIN-FRANCHOMME, M.-P., « De quelques éléments de régulation des démarches volontaires en matière de RSE », *Revue Lamy Droit des affaires*, 01/07/2009, n° 40 , pp. 71 -74.

[56] Voir ANTONMATTEI, P.-H., VIVIEN, Ph., *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives ?* Rapport au gouvernement, Collection Des rapports officiels, jan 2007, la documentation française.

[57] Sur les crimes de guerre constituant des infractions graves aux conventions de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, auxquels la loi de 1999 a ajouté le crime de génocide, tel que défini par la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, et le crime contre l'humanité, dont la définition a été reprise du statut de la Cour pénale internationale, Voir DE SCHUTTER O., « Les affaires *Total* et *Unocal*, Complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *Annuaire français de droit international LII*, Paris, CNRS Éditions, 2006, p. 61 et s.

Aux Etats-Unis, le juge s'est appuyé sur l'Alien tort act[58]. Cette loi permet aussi aux étrangers de venir devant ce fort fédéral avec une action en tort (de droit civil et non pas de droit pénal) pour faire une demande de réparation civile en cas de violation du droit des gens[59]. Elle était originellement peu appliquée et surtout dans des cas de piraterie. Elle a été ressuscitée en 1980 pour offrir un fort à des personnes étrangères, victimes de torture et plus récemment contre une entreprise privée. Un grand nombre de recours ont été déposés et ce dans deux domaines : la protection de l'environnement et la violation de normes sociales. On trouve par exemple un contentieux mené par des travailleurs sur une plantation au Libéria[60]. Ils faisaient valoir qu'ils étaient victimes d'esclavage du fait de leurs mauvaises conditions de travail. Si leur plainte n'a pas abouti, il semble néanmoins que les recours sur ce fondement se multiplient.

La technique proposée dans ces différentes affaires consiste d'abord à sortir du ressort juridictionnel du pays et à trouver un fort étranger prêt à accueillir la requête. Il faut ensuite qu'un droit différent de celui du pays du dommage soit appliqué. Les conditions sont nombreuses et difficiles à remplir. Il faut encore noter que ces recours sont fondés sur des droits de l'homme et non pas sur des droits sociaux ou encore moins sur des droits du travail. Une approche générale pourrait conduire à considérer que l'interdiction de l'esclavage ou encore le droit à la dignité conduit à protéger les droits sociaux des personnes[61], mais cette interprétation n'a pas été confirmée et même ces affaires donnent le plus souvent lieu à des jugements nuancés ou encore à des non-lieux.

2. Responsabilité civile

Un engagement unilatéral, une règle coutumière ou un accord collectif ont pu constituer les fondements d'obligations posées par un accord-cadre à une entreprise multinationale.

En droit civil comme en droit de la Common law, un engagement unilatéral ou un gentleman agreement peut créer des obligations justiciables. Dans ce cas, une entreprise serait sanctionnée si elle s'engage à respecter certains standards de l'accord pour ensuite ne pas s'y tenir. Cette hypothèse a trouvé à s'appliquer dans l'affaire *Kasky contre Nike*[62]. En l'espèce, une déclaration unilatérale a été considérée comme liant son auteur par une technique de droit commercial tenant à la publicité mensongère. Les parties ont allégué un vice dans le consentement du contrat. Cette notion, utilisée en droit de la consommation[63], présente l'inconvénient de transposer le contentieux du droit social au droit de la consommation. En effet, le requérant n'est non plus le travailleur, mais le consommateur[64].

C'est encore ce fondement qui a conduit la Cour de Cassation espagnole dans un arrêt *Banco de Espana* du 7 mars 2007 à juger que le code de conduite qui obligeait les travailleurs à faire

---

58 : Voir DE SCHUTTER O., « Les affaires *Total* et *Unocal*, Complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *Annuaire français de droit international LII*, Paris, CNRS Éditions, 2006, p. 61.

59 Voir MUIRWATT, H. « La compétence universelle et son incidence sur les droits sociaux fondamentaux », *in* MOREAU, M.-A., *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

60 Voir http://www.stopfirestone.org/2005/12/alien-tort-claims-act-socialfunds/.

61 MARZO, C., « Controverses doctrinales quant à la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahiers de droit européen*, juin 2010, n°1/2, à paraître.

62 Arrêt *Marc Kasky v. Nike*, Inc., 02 C.D.O.S. 3790, No. S087859.

63 Voir SOBCZAK, A., "Legal dimensions of International framework agreements in the field of corporate social responsibility", *Relations Industrielles/Industrial Relations*, 2007, 62(3), 466-491, p. 477.

64 Voir MARZO, C., « Les risques juridiques créés par les accords-cadres internationaux (opportunités/dangers/ stratégies », in Moreau, M.-A., *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

un bilan sur les valeurs personnels qu'ils avaient dans un objectif de lutte contre la corruption devait respecter les droits fondamentaux des travailleurs. Plus précisément, il a été dit que le code de conduite relève du pouvoir de direction de l'employeur, qu'il n'a pas à être négocié avec l'organisation syndicale s'il n'existe pas une obligation légale de négocier, mais que ce code doit respecter les droits fondamentaux des travailleurs. Il a enfin été précisé que le non-respect d'un code de conduite, bien qu'il soit un instrument unilatéral, peut engendrer des sanctions disciplinaires conformément au statut des travailleurs.

3. Responsabilité contractuelle

Une « contractualisation de l'éthique » trouve aussi sa place dans les mécanismes d'encadrement de la RSE. La contractualisation qui passe par les contrats commerciaux conclus par l'entreprise et ses cocontractants ou encore la simple qualification de contrat par le juge saisi d'une affaire de non-respect d'un code de conduite.

C'est cette construction juridique qui a été au fondement de l'affaire *Wal Mart* aux Etats-Unis et en Allemagne. Cette valeur impérative a permis à des travailleurs chinois, bengali, indonésiens et nicaraguayens d'attaquer, le 13 septembre 2005, l'entreprise multinationale Wal-Mart devant la Cour de Los Angeles aux Etats-Unis en alléguant que cette entreprise n'avait pas respecté les obligations posées par son code de conduite envers les salariés des entreprises sous-traitantes. La question se posait de savoir si ce code pouvait être considéré comme un contrat[65]. Wal-Mart avait en effet obligé ses sous-traitants à signer ce code de conduite, mais aussi à l'afficher dans la langue du pays dans tous les centres de production. Les requérants soutenaient que Wal-Mart avait en retour une obligation de s'assurer que les conditions de travail satisfaisaient à ce code. Malgré l'intérêt qu'avait suscité ce recours, la solution apportée par le juge a été insatisfaisante[66].

Au-delà des tentatives nationales limitées à un territoire défini, plusieurs organisations internationales ont tenté de rendre la protection des droits sociaux dans le cadre de la RSE plus efficace.

B. Le rôle des organisations internationales

Le rôle des organisations internationales est très limité. L'aveu d'impuissance du bureau international du travail (BIT) est, à ce titre, « glacial »[67]. Plusieurs raisons se superposent : les difficultés de mise en œuvre (enforcement) du droit international, le passage nécessaire par les Etats, l'impossible reconnaissance de la personnalité juridique de l'entreprise en droit international… Elles conduisent à un manque de réactivité de la communauté internationale face aux dangers et aux abus identifiés en matière de RSE.

---

[65] Il s'agissait d'une « class action complaint for injuctive Relief and Damages ». Voir KENNY, K.-E., « Code or Contract: Whether Wal-Mart's Code of Conduct Creates a Contractual Obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers », *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2007, n° 27, p. 453. Voir aussi TRUDEAU, G., « Droits fondamentaux et transformation de la jurisprudence canadienne à partir du cas Wal-mart », *in* MOREAU, M.-A., *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

[66] Voir MARZO, C., « Les risques juridiques créés par les accords-cadres internationaux (opportunités/dangers/ stratégies », in Moreau, M.-A., *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

[67] Disponible sur http://www.iso.org/iso/fr/pressrelease.htm?refid=Ref1299, voir aussi DE GASTINES, C., « ISO 26 000 : quand la RSE se veut norme », *Métis*, *3 Mai 2010,* http://metiseurope.eu/iso-26-000-quand-la-rse-se-veut-norme_fr_70_art_28780.html.

Les organisations internationales, en attendant une proposition mondiale[68], ont pourtant parfois trouvé à s'organiser. On a pu identifier deux tendances : Elles peuvent d'abord proposer un texte encadrant les pratiques de la RSE ou servant de modèles aux entreprises souhaitant s'inscrire dans ces procédés. Elles peuvent ensuite participer à la « juridicisation » de la responsabilité sociale.

1. Vers la construction d'un cadre : Des textes d'encadrement des pratiques de la RSE

Parce que le droit international public est applicable[69], il faut d'abord penser aux textes classiques de protection des droits sociaux. Par exemple, les conventions de l'OIT ont pu donner lieu à des jugements en faveur de la protection des droits de l'homme[70]. Mais, sa portée restreinte a conduit plusieurs organisations internationales à se tourner vers d'autres types de textes.

Le principal problème posé à tous les garants du droit dur national ou international est celui de l'intérêt et de l'adéquation d'un texte encadrant la RSE. Plusieurs options théoriques sont disponibles : d'abord, la loi peut proposer un cadre obligatoire ou un modèle. Elle peut ensuite poser des obligations matérielles ou procédurales telle que la constitution d'un organe[71] ou encore une obligation d'information quant aux pratiques de RSE de l'entreprise. La standardisation est encore une option. Enfin, la coordination complète d'un secteur a aussi été envisagée.

Voir tableau 3

Ces différentes possibilités permettent à un éventail de mesures de voir le jour. De nombreux modèles ont connu un certain succès. En premier lieu, la déclaration de 1998 de l'OIT et les principes directeurs de l'OCDE ont acquis une renommée mondiale. La Déclaration de 1998 de l'OIT a été souvent reprise[72]. Sa nouvelle approche relative au travail décent semble porter ses fruits[73].

---

[68] « Ce document est une proposition, *explique Josef Wieland*. Un appel à toutes les parties prenantes au sein de l'économie à s'entendre sur des normes éthiques d'économie au niveau mondial. C'est un fondement éthique du Pacte mondial, qui guide le nouveau système de régulation mondiale. Le manifeste fixe des obligations éthiques qui constituent un ciment moral pour l'humanité toute entière ».Manifeste disponible sur http://www.globaleconomicethic.org/02-manifesto-01.php. Voir DE GASTINES, C., « Allemagne : à l'origine d'un manifeste mondial pour la RSE » *Métis*, 03 Mai 2010, http://metiseurope.eu/allemagne-a-l-origine-d-un-manifeste-mondial-pour-la-rse_fr_70_art_28782.html.

[69] Voir les conventions de Genève du 12 août 1949 non seulement prévoient que les « infractions graves » à ces conventions doivent faire l'objet de « sanctions pénales adéquates », mais elles imposent également une obligation à charge des parties de « rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves », soit afin que chaque partie puisse les déférer devant ses propres tribunaux, soit afin qu'elle puisse les remettre pour jugement à une autre partie intéressée à la poursuite, « pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes », DE SCHUTTER, O., *L'incrimination universelle de la violation des droits sociaux fondamentaux,* Cellule de recherhe interdisiplinaire en droits de l'homme, CRIDHO Working Paper 2005/05.

[70] L'affaire sur l'esclavage moderne, Arrêt de la Cour de Cassation du 1er juillet 2008 (rapport de BERAUD ; J.-M.), dans laquelle la Cour opère un contrôle de conventionnalité d'une convention de l'OIT. Voir MORIN, M.-L., « Le juge français et quelques contentieux significatifs » *in* Moreau, M.-A., *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

[71] On pensera à l'exemple du comité d'entreprise européen qui, sous l'apparence d'une règle obligatoire, ne propose qu'un mode d'emploi de création du comité qui ne doit pas nécessairement être suivi. Voir Directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (refonte), Journal officiel L 122 du 16.5.2009.

[72] Voir *supra*, I.

[73] Voir http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mainpillars/WhatisDecentWork/lang--fr/index.htm.

De nombreuses procédures de standardisation remportent aussi un grand succès. Ont été imaginées des normes sur les responsabilités des entreprises transnationales et autres entreprises quant aux droits de l'homme[74]. Le développement des standards dans ce domaine, comme le Global Compact des Nations Unies, la Global Reporting Initiative, SA 8000, ISO 14001 et bientôt sans doute ISO 26000, poussent de plus en plus à une certaine convergence des pratiques, renforcée encore par l'action des cabinets de conseil et d'audit, des agences de notation extra-financière et de certaines écoles de management[75].

L'institution d'obligations trouve un accueil plus mitigé. Par exemple, au sein de l'Union européenne, l'idée a été émise que la RSE n'est pas incompatible avec un cadre juridique. Plusieurs propositions ont stimulé l'intérêt des entreprises[76]. Mais, aucune législation n'a vu le jour. Le principal problème tient à ce que les entreprises et les autorités communautaires ne réussissent pas à définir la RSE et à lui donner un contenu précis[77]. Certains souhaitaient utiliser une directive sur le RSE comme un standard minimal fixant ce que les entreprises européennes devraient s'engager à offrir en matière de droits sociaux et environnementaux. D'autres envisagent une loi sur le reporting social et environnemental. L'exemple de la loi NRE française[78] qui oblige les entreprises cotées en bourse à inclure des informations sociales et environnementales dans leur rapport annuel de gestion montre qu'un cadre juridique peut contribuer à stimuler les initiatives dans ce domaine, sans pour autant interdire l'innovation.[79] Il semble pourtant aujourd'hui que ce projet ne trouve pas d'essor.

Une dernière proposition est celle de la coordination complète du droit d'un secteur. Il présente l'intérêt d'annihiler la possibilité d'une entreprise multinationale de se déplacer pour jouer des différents droits nationaux, il rend le mouvement d'une entreprise plus facile et il permet une meilleure application des règles et un meilleur contrôle de celle-ci. Un exemple a pu être apporté par le secteur maritime[80]. La consolidation de l'ensemble des normes antérieures pour ce secteur a permis de le qualifier de « premier secteur mondialisé »[81]. Cet essor tient à une fédération syndicale internationale puissante, ITF et à la particularité du secteur qui est par

---

[74] Un premier exemple porte ce nom: Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises With Regard to Human Rights. Voir Commission on human rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, « On the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights », Economic and social Council, United Nations, adopted at its 22nd meeting, Fifty-fifth session, on 13 August 2003.

[75] SOBCZAK, A., « Pour une définition de la RSE à la hauteur des enjeux ! », *Métis*, 16 Avril 2010, http://www.metiseurope.eu/pour-une-definition-de-la-rse-a-la-hauteur-des-enjeux_fr_70_art_28765.html.

[76] Commission européenne, *Promoting a European framework for corporate social responsibility : green paper,* Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities ; Communication de la Commission du 2 juillet 2002 concernant la responsabilité sociale des entreprises: une contribution des entreprises au développement durable, COM(2002) 347 final.

[77] BARTH, R., WOLFF, F., *Corporate social responsibility in Europe: rhetoric and realities,* Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

[78] Tirer un bilan de la loi sur les Nouvelles : Régulations Economiques (NRE) est une gageure. Les 700 sociétés cotées concernées sont tenues de présenter, dans leur rapport de gestion annuel, parallèlement à leurs informations comptables et financières, des données sur les conséquences environnementales et sociales de leurs activités. La loi NRE s'applique depuis l'exercice 2002, voir FAUCONNIER, L., « France : la procédure prend le pas sur la finalité », *Métis*, http://www.metiseurope.eu/france-la-procedure-prend-le-pas-sur-la-finalite_fr_70_art_28768.html

[79] SOBCZAK, A., « Pour une définition de la RSE à la hauteur des enjeux ! », *Metis*, 16 Avril 2010, http://www.metiseurope.eu/pour-une-definition-de-la-rse-a-la-hauteur-des-enjeux_fr_70_art_28765.html.

[80] CHARBONNEAU, A., « L'originalité du secteur maritime : interventions judiciaires, règlements alternatifs de conflits et action syndicale internationale » *in* MOREAU, M.-A., *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

[81] Rapport de février 2006.

essence international. Mais, il pourrait difficilement être reproduit dans d'autres secteurs du fait de l'absence d'un besoin latent de coordination.

Face aux limites de l'encadrement textuel, l'encadrement juridictionnel semble une alternative intéressante.

2. Vers une participation juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle des organisations internationales

Au-delà d'une participation réglementaire, les organisations internationales ont tenté d'intervenir d'une façon juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle. On trouve ainsi une gradation de pratiques des moins aux plus juridictionnelles.

Les procédures les moins juridictionnelles sont entre les mains de l'OIT et de l'OCDE. Les principes directeurs de l'OCDE mettent en place leurs propres systèmes de résolution des litiges tels que des points de contact nationaux[82]. Le point est actionné là où le dommage nait ou là où il risque de naître ou sur territoire du siège social de l'entreprise mère. Cette procédure évite un blocage par le passage par le pays du litige. Parce que l'accès au tiers est plus aisé.

En ce qui concerne la mise en œuvre de la déclaration de 1998, le BIT se limite aujourd'hui à commander des rapports, mais qui n'emportent pas de conséquences. Les techniques sanctionnatrices douces et le suivi propre de la déclaration de l'OIT consistant en une assistance technique ont un impact limité en termes de droit dur, mais c'est peut-être aussi sont intérêt. L'idée d'une participation accrue de l'OIT comme dernier niveau de recours en cas de différend entre une entreprise et ses employeurs a aussi été mentionnée[83]. Elle présenterait un intérêt considérable dans la mesure où le BIT est une organisation fondée sur le triptyque Etats/ salariés/ employeurs. Sa représentation par tiers lui permettrait d'être un organe de recours privilégié. Mais, la pratique est encore loin de cette avancée.

Plus juridictionnelles sont les pratiques de l'OMC[84] ou des Nations Unies. La résolution du Conseil de sécurité 1499 (2003) sur la situation du Congo ou les sanctions économiques des Nations Unies contre des entreprises dans des cas sud-américains et de Rhodésie du Sud sont des exemples intéressants en matière de droits de l'homme[85]. La question se pose néanmoins de savoir s'ils pourraient être transposés aux droits sociaux fondamentaux.

---

82 Voir Points de contact nationaux pour les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, disponible sur http://www.oecd.org/document/3/0,3343,fr_2649_34889_1933123_1_1_1_1,00.html.

83 MOREAU, M.-A., « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor Mittal », *Droit social*, 2009, n°1, pp. 93-102 et MOREAU, M.-A., Normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations, Paris, Dalloz, 2006.

84 Kimberley Process Certification Scheme. Voir, FRANCIONI, F., « Four ways of enforcing the international responsibility for human rights violations by multinational corporations », in in Moreau, M.-A., Francioni, F. (dir.), *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise*, coll. B. Goldman, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp. 151-171.

85 Voir, FRANCIONI, F., « Four ways of enforcing the international responsibility for human rights violations by multinational corporations », in in Moreau, M.-A., Francioni, F. (dir.), *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise*, coll. B. Goldman, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp. 151-171 and ZERK, J. A., *Multinationals and corporate social responsibility : limitations and opportunities in international law,* Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2006.

Au niveau européen, l'idée d'une compétence universelle en matière civile a été suggérée. Un avant-projet de Convention à La Haye n'a pas abouti[86]. Une proposition d'octobre 2008 évoque l'augmentation du champ d'application de la convention de Bruxelles I[87] au-delà des litiges européens. L'idée est que les règles de compétence internationale de chaque Etat doivent disparaître et que des dérogations doivent permettre d'attraire des situations particulières, par exemple si les exigences du procès équitable le requièrent. Cette approche permettrait de sanctionner les violations en matière de droits fondamentaux et une meilleure protection en substance des exigences des droits de l'homme.

Il faut cependant s'interroger sur l'intérêt d'une juridicisation des pratiques de droit mou. Beaucoup ont remarqué que ce durcissement irait à l'encontre de la nature même de la RSE fondée sur son caractère volontaire[88]. C'est sur ce croisement paradoxal que le juriste bute aujourd'hui.

Conclusion

En conclusion, cette étude a été l'occasion de peindre à gros traits le rôle des entreprises, des Etats et des organisations internationales dans la protection des droits sociaux en matière de RSE. Protection efficace ? La question reste en suspens. S'il apparaît clairement que la RSE se répand inéluctablement, que les entreprises, même de moindre importance, sont directement influencées par ces mécanismes, s'il est désormais admis par toutes les organisations et de nombreux pays que la RSE est à prendre en compte, voire à encadrer, on ne sait toujours pas quelle portée celle-ci peut avoir.

Sa principale caractéristique de soft law ou droit mou lui appose un seau de non-droit qu'il est difficile de dépasser. Les mécanismes de droit dur qu'on a tenté de lui superposer se révèlent souvent de faible efficacité du fait de leur inadéquation originelle.

Se pose alors la question de sortir de cette échelle d'analyse allant du droit dur au droit mou. Peut-on imaginer une nouvelle façon de conceptualiser la règle molle sans se référer à la sanction et au juge ? Par exemple, l'impossibilité d'établir de frontière tangible entre le non droit et le droit, l'observation de la procéduralisation du droit du travail au plan mondial, ou encore le constat que l'action et le conflit précèdent le droit ou la norme dévoilent des changements d'approche. Le fait que juge devienne progressivement secondaire dans l'ordre du raisonnement amène à sortir de la logique classique de droit toujours tiraillée entre la crainte de la sanction et le juge. Autre exemple, la multiplication des textes de référence en matière de droits sociaux fondamentaux donne une très grande flexibilité aux garants de la loi. Ce constat conduit encore à remettre en question l'application juste et uniforme du droit. Sans apporter une véritable réponse pour le moment, il faut comprendre la responsabilité sociale de l'entreprise comme un sujet nouveau, pluridisciplinaire qui appelle des analyses en matière de droit national et international, de protection des travailleurs, peut-être d'organisation incomplète[89] ou encore de théorie de la régulation dans une perspective de la firme construite sur les fondements de l'analyse

[86] PATAUT, E., « Les règles de compétences juridictionnelles en Europe et le rôle du juge à l'épreuve des violations des droits sociaux », in Moreau, M.-A., *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

[87] Devenu le règlement européen 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

[88] LANGE, B., *Socializing Economic Relationships: New Perspectives and Methods for Analysing Transnational Risk Regulation*, Centre for Socio-Legal Studies, Conférence 15-16 April 2010, Université d'Oxford, Oxford.

[89] AHRNE, G., BRUNSSON, N., « L'organisation en dehors des organisations, ou l'organisation incomplète », *AEGIS le Libellio*, pp. 1-20, p. 2.

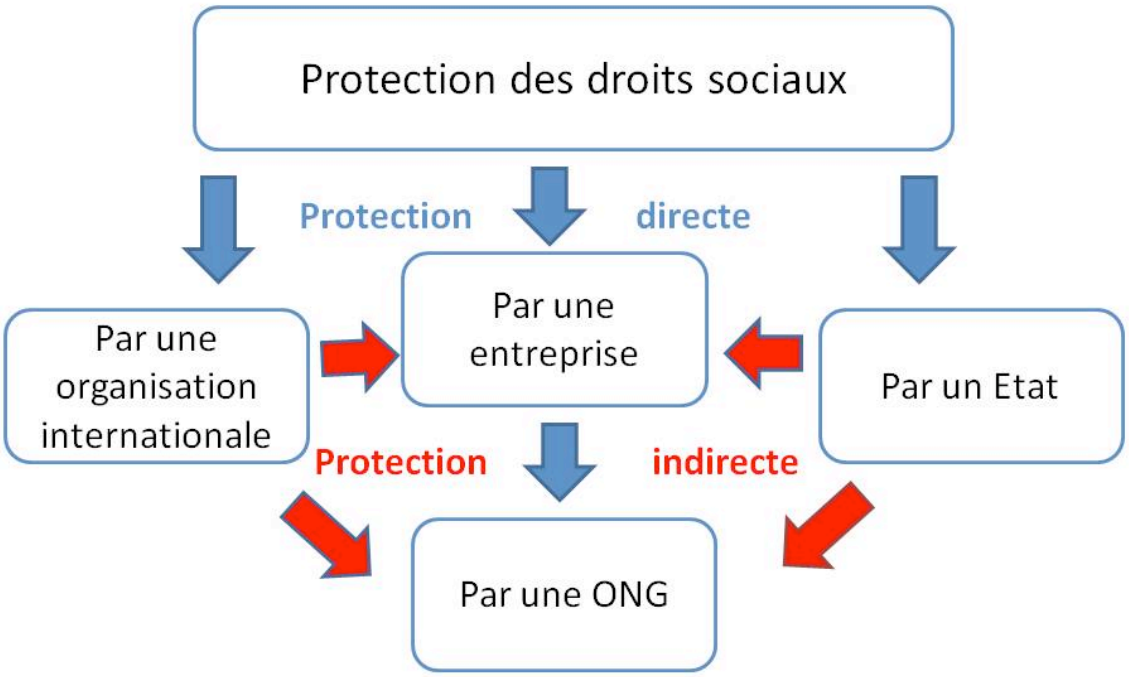
économique du droit, à partir de la corporate governance. Un détour par les politiques économiques[90] ou les techniques managériales[91] ou la sociologie pourrait se révéler utiles. Il s'agirait alors de repenser les systèmes de décision au sein des entreprises[92].

[90] KITZMUELLER, M., *Economics and corporate social responsibility*, thèse, Florence, European University Institute, 2008.
[91] JONKER, J., DE WITTE, M., *Management models for corporate social responsibility*, Berlin, New York, Springer, 2006.
[92] VOGEL, D., *The market for virtue: the potential and limits of corporate social responsibility,* Washington, Brookings Institution Press, 2005.

Tableau 1

La déclinaison de la RSE	Droits sociaux au sein de l'entreprise	Droits sociaux en dehors de l'entreprise
Dans l'Etat	1. Version antérieure des lois Auroux : L'Etat s'assure du respect des droits sociaux au sein de l'entreprise	2. L'Etat s'assure de la reconnaissance des droits sociaux individuels et collectifs, ce qui rejaillit sur l'entreprise
En dehors de l'Etat	3. L'entreprise s'astreint seule par le biais de la **RSE**	4. Les droits sociaux individuels (ou plutôt les droits de l'homme) sont reconnus au niveau international, mais peu appliqués, ce qui ne rejaillit pas (ou peu) sur l'entreprise.

Tableau 2



Claire Marzo, Projet droits des pauvres, pauvres droits?

Tableau 3

	Obligations	**Modèle**
Dispositions procédurales _droit d'association _constitution d'un organe de représentation (ex : CEE) _obligation d'information	⇨ Directive CEE ⇨ Loi NRE	⇨ Déclaration de l'OIT ⇨ Standard (ISO 26000)
Dispositions matérielles _santé et sécurité _droit à un certain salaire _temps de travail …	⇨ Droits nationaux	Conventions de l'OIT, ⇨ principes directeurs de l'OCDE